تسوية المنازعات المصرفية الإسلامية من خلال التحكيم

إعداد الطالب: عبد الرحمن ريحان

المشرف:أ. د.سعيد بو هراوة

كلية أحمد إبراهيم للحقوق

الجامعة الإسلامية العالمية:ماليزيا

rie7an@yahoo.com

الملخص:

التجارة الدولية والداخلية والمؤسسات العاملة في إطارها أو ذات العلاقة بها تحتاج أكثر من طرف لمزاولتها وممارستها وهذه الممارسة قد تجري بسهولة ويسر وقد تجري الرياح بما لا تشتهيه سفنها، فالعقبات المالية والقانونية من أكثر العقبات التي تواجهها هذه الأطراف وعليه كان لزاما عليها أن تحسب للأمر حسابه وان تضع المقترحات والحلول لما قد يحدث مستقبلا من خلافات ونزاعات وذلك حتى تستمر حركتها وديمومتها ولا تجد نفسها عاجزة أو مكبلة أمام هذه العقبات أو على الأقل معرضة لخسارة فادحة مادية كانت أو معنوية. وبالنظر إلى ما عانته وتعانيه هذه المؤسسات في المحاكم العادية بسبب طول إجراءات التقاضي وتعطيل المصالح والجهود الكبيرة التي تبذلها من مالها ووقتها أخذت باعتماد مبدأ التحكيم والنص عليه في عقودها والاهم من ذلك تنبه الدول الصناعية والغنية الكبرى إلى هذا الأمر الذي حدا بها إلى سن القوانين التي تناسبه. ثم حذت باقي دول العالم حذوها.وأنشئت المراكز والمؤسسات المتخصصة بذلك. ولعل المؤسسات المصرفية الإسلامية وقد أضحت لاعبا رئيسا على الساحة الاقتصادية الدولية والداخلية أحوج ما تكون لتفعيل مبدأ التحكيم والعمل به حيث إن التحكيم وكما هو معروف قانونا يضمن لمن يلجأ إليه تحديد القانون الواجب التطبيق والزمان والمكان اللذان يجري فيهما التحكيم وهذه أمور أحوج ما تكون إليها هذه المؤسسات ذلك أنها أنشئت وفق الشريعة الإسلامية وبالتالي يجب أن تخضع منازعاتها للحل وفقها وهذا أمر غير متاح في ظل النظم القانونية التي تعمل في إطارها هذه المؤسسات. بينما يمكنها ذلك من خلال التحكيم الذي تقر به هذه النظم

وتعمل على تطبيقه إذا ما تم بالشكل الصحيح. أضف إلى ذلك ما يتميز به التحكيم من أمور لا تخفى على احد..بناء عليه فان هذه الورقة تهدف إلى:

1. الوقوف على أهم المشكلات القانونية التي تواجه المؤسسات المصرفية الإسلامية إذا لجأت إلى القضاء العادي.
2. إيجاد بعض الحلول التي تسهم في تفعيل التحكيم لدى المؤسسات الإسلامية وإيجاد الطرق الكفيلة بتقوية الثقة به وذلك في إطار البيئة القانونية التي تعمل فيها هذه المؤسسات.
3. بيان أهمية التحكيم كوسيلة لتطبيق الشرعة الإسلامية على معاملات هذه المؤسسات.

مقدمة:

إن المؤسسات المالية الإسلامية لديها التزام أصيل ألا وهو التزام الشريعة الإسلامية في معاملاتها. وهذا أمر ارتضته هذه المؤسسات طوعاً من تلقاء نفسها ونجده في قوانين تأسيسها ونظمها الداخلية، غير أن هذه المؤسسات بنزولها إلى السوق وممارستها لأعمالها المصرفية والتجارية اصطدمت بواقع البلدان التي تعمل فيها، وهو أن هذه البلدان تعتمد القوانين الوضعية في معاملاتها ولا سيما التجارية منها فترتب على ذلك إلزام هذه المؤسسات أو التزامها بقوانين هذه الدول، والأمر كذلك فإن المنازعات التي تكون هذه المؤسسات طرفا فيها لا بد وأن تخضع إلى التشريعات والقوانين المعمول بها في هذه الدول والتي تنظم أعمال البنوك والشركات وينظر ويبت فيها من خلال القضاء العادي مما يعني تحييد الشريعة الإسلامية والحكم بغيرها من القوانين وهذا يعني مخالفة هذه المؤسسات للشريعة أولا ولنظمها ولوائحها الداخلية ثانيا. لذلك كله سنبحث في كيفية وفاء هذه المؤسسات بما ألزمت نفسها به من العمل وفق أحكام الشريعة الإسلامية في كل معاملاتها ومن ضمنها موضوع بحثنا ألا وهو حل نزاعاتها وخصومتها استناداً إلى هذه الشريعة وفي ذات الوقت عدم الخروج على النظام العام للدولة، وهذا الأمر يمكن تحقيقه باللجوء إلى الطرق البديلة للقضاء العادي من تحكيم وتوفيق وصلح وغيرها، وهي وسائل تقرها النظم الوضعية. لا بل تقنن لها وتحرص على نجاحها لما لها من أثار إيجابية على حركة التجارة والاستثمار في هذه البلاد وتمكين الخصوم من تحديد القانون الواجب التطبيق على منازعتهم استناداً إلى مبدأ سلطان الإرادة الذي يمنحهم إياه التحكيم. وسنعرض في هذا البحث إلى القوانين المؤسسة للمؤسسات المصرفية الإسلامية والقوانين التي تعمل في إطارها وأهمية اللجوء إلى الطرق البديلة للقضاء كمخرج لهذه البنوك من إشكالية البيئة القانونية التي تعمل في إطارها.

القوانين التي تعمل في إطارها المؤسسات المصرفية الإسلامية

المطلب الأول: تعريف المؤسسات المصرفية الإسلامية.

النظام المصرفي الإسلامي يعتبر محوراً لنظرية اقتصادية تضامنية مستمدة من الشريعة الإسلامية وتشكل بديلا عن التعامل بالفائدة التي تعتبر أهم أسس النظام المصرفي العالمي التقليدي بمعنى أن النظام الإسلامي يقوم على أسس تضامنية تختلف عن تلك الأسس المبادئ المعترف بها في النظام التقليدي المعاصر ويعزى ذلك إلى كون الأول يوجب تطوير المعاملات المصرفية المعاصرة لإحلال التضامن محل الاستغلال الرأسمالي والاشتراكي. وقد بدأ تطبيق الفكر التضامني في ميدان الاقتصاد بإنشاء البنوك الإسلامية التي قامت معاملاتها التضامنية على أساس المشاركة في الربح والخسارة والتضامن في العمل المصرفي الإسلامي لا يقتصر على العلاقة بين البنك وعملائه بل لا بد للبنك من القيام بواجب التكافل الاجتماعي – وهذه مسألة تحتاج إلى نقاش لما يثور حولها من لغط وهذا ليس محلها – عن طريق الزكاة و غيرها فالأصل أن العمل الاجتماعي في البنوك الإسلامية لا يقل أهمية عن العمل الاقتصادي وتحقيق الأرباح المادية.[1]

لعل التجربة السابقة والتي لا تزال مستمرة للبنوك أو المصارف الإسلامية أثبتت أنها قادرة على مسايرة المستجدات في عا لم الاقتصاد وإيجاد الحلول والبدائل الاقتصادية الملائمة لحياة الناس وتطورها.[2]

ونحن نشهد هذه الأيام انتشار البنوك والمصارف الإسلامية في شتى أنحاء العا لم وتقبل الشرق والغرب لها بعد أن أثبتت كفاءتها لا سيما في الأزمات الاقتصادية التي عصفت ولا زالت بالاقتصاد العالمي. فالمراقب والمتابع لحركة هذه المصارف يلاحظ مدى الاهتمام العالمي بها وكذلك الاقتصاديين على مختلف مشاربهم وإن كان لكل أهدافه وغاياته التي قد تختلف عن الأخر.

إن الدافع وراء إنشاء هذه المصارف ابتداء يعود لأسباب عديدة لعل أهمها:-[3]

---

[1] الشاوي، توفيق محمد، البنك الاسلامي للتنمية، (القاهر: الزهراء للاعلام العربي، ط1 ، 1993، 1414 هـ) ص 2- 6.

[2] العبادي، عبد الله عبد الرحيم، موقف الشريعة من المصارف الإسلامية المعاصرة، (رسالة دكتوراه) ص 161.

[3] سراج، محمد احمد، النظام المصرفي الاسلامي، (القاهرة: دار الثقافة للنشر و التوزيع، 141هـ ، 1989 م) ص 35.

1. الدعوة التي أطلقها الدعاة والعلماء والمسلمين بعد الحرب العالمية الثانية بضرورة إقامة نظام اقتصادي واجتماعي يلتزم بقواعد الشريعة الإسلامية.
2. الفتوى باعتبار الفوائد البنكية من الربا الذي تشدد الشريعة على تحريمه وعدم التعاطي به.
3. الحاجة الماسة لإيجاد البديل عن البنوك التقليدية التي أصبحت جزءاً من حياة المسلمين ومعاملاتهم لارتباطهم بالنظام الاقتصادي العالمي.
4. حشد الجهود والطاقات لأحداث النهضة والتنمية الاقتصادية للدول والشعوب الإسلامية والعربية بعيدا عن سيطرة الغرب وتحكمه باقتصادياتها.

يضاف إلى ذلك أهداف ودوافع أخرى لا بد من تحقيقها لا نجاح هذه التجربة من أهمها:-[4]

1. تحقيق أرباح معقولة سواء للبنك أو المتعاملين معه.
2. التصرف بالأموال بحكمة ودراية عالية لتوفير الأمان المالي للبنك والعملاء على حد سواء .
3. الاستمرارية والنمو وذلك بوضع الخطط التنموية السليمة التي تكفل ذلك.

بناء على ما قدمنا أصبح بالإمكان وضع تعريف ملائم للبنك أو المصرف الإسلامي وحتى نحدد المفهوم بشكل واضح أود أن أشير إلى أن استخدام لفظة مصرف أو بنك تعود إلى الأصل اللغوي للكلمة فلفظ البنك أصله في اللغة الايطالية Banco وتعني المائدة وفي الإنجليزية Bank ويقابلها في العربية مصرف والصرف لغة يعني تغير الشئ من حالة إلى حالة أو إبداله بغيره. فهو بذلك يقتصر على عملية بيع النقد بنقد. أما كلمة بنك فهي أشمل لأن وظائف البنك متعددة والصرافة واحدة منها.[5]

على أية حال فإن تعريف هذه المؤسسات المالية الإسلامية يمكن أن نجده بأكثر من صيغة وعند أكثر كاتب أو عالم أو هيئة كلها تدور حول محور واحد وهو عدم التعامل بالفائدة (الربا) وتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في معاملاتها المختلفة.

[4] العجلوني، محمد محمود، البنوك الاسلامية، (عمان:دار المسيرة، ط1 ، 1429 ، 2008) ص114.

[5] المرجع السابق، ص 109.

فقد عرفت الاتفاقية المنشئة للإتحاد الدولي للبنوك الإسلامية هذه البنوك بأنها " تلك البنوك أو المؤسسات التي ينص قانون إنشائها ونظامها الأساسي صراحة على الالتزام بمبادئ الشريعة وعلى عدم التعامل بالفائدة أخذا وعطاء ".[6]

وعرفه القانون الاتحادي الإماراتي رقم (6) لسنة 1985 في المادة الأولى على أنه : " يقصد بالمصارف والمؤسسات المالية والشركات الاستثمارية الإسلامية، تلك التي تتضمن عقودها التأسيسية ونظمها الأساسية التزاما بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية وتباشر نشاطها وفقا لهذه الأحكام".

أما القانون الماليزي للبنوك الإسلامية الصادر سنة 1983 فقد عرف البنك الإسلامي على أنه : " أي شركة تقوم بأعمال الصيرفة الإسلامية وتملك رخصة صالحة لذلك، وكل المكاتب والفروع لهذا البنك في ماليزيا يعتبر وتعامل على أنها بنك واحد".

وأعمال الصيرفة الإسلامية يقصد بها: أعمال الصيرفة التي تملك أهداف وعمليات لا تتضمن أي عنصر مخالف للشريعة الإسلامية.

ويقصد بالرخصة، الرخصة الممنوحة تحت البند الثالث من القانون المذكور.*

وفي تعريف أخر يقصد بالمصرف الإسلامي " كل مؤسسة تباشر الأعمال المصرفية مع الالتزام بعدم التعامل بالفوائد الربوية أخذا وعطاء".[7]

لكن هذا التعريف يؤخذ عليه عدم تضمينه الالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية في معاملات المصرف كافة، وإلا فإن هنالك بنوك كثيرة في العالم لا تتعامل بالفائدة وهي ليست إسلامية بالطبع.

وعرفه آخرون على أنه " مؤسسة مالية نقدية تقوم بالأعمال والخدمات المالية والمصرفية وجذب الموارد النقدية وتوظيفها توظيفا فعالاً يكفل نموها وتحقيق أقصى عائد منها وبما يحقق أهداف التنمية الاقتصادية والاجتماعية في إطار أحكام الشريعة الإسلامية السمحة".[8]

---

[6] المرجع السابق، ص 110.

* Law of Malaysia, Act 276, Islamic Banking Act 1983, incorporating all amendments up to 31 July 2001, published by The commissioner of law revision, Malay.

[7] العبادي، عبد الرحيم، مرجع سابق، ص 161.

[8] العجلوني، محمد محمود، مرجع سابق، ص 110.

و في تعريف أخر مختصر للبنك الإسلامي نجد أنه " مشروع اقتصادي له غايات اقتصادية وأهداف اجتماعية، تبرز خصائصه، وطبيعي أن يكون هذا المشروع محكوما بقواعد الشريعة الإسلامية".[9]

و لبيان ما يعنيه هذا التعريف وتوضيح بعض النقاط السابقة لا بد من الوقوف مع محتواه الذي يؤكد أساسيات ثلاث:-

أولا :- البنك الإسلامي مشروع اقتصادي:-

ويعرف المشروع الاقتصادي بأنه " مجموع من العناصر البشرية والوسائل المادية يشكل تنظيما واحداً لأحداث نتيجة اقتصادية معينة".[10]

وخلافاً للبنك التقليدي الذي لا يعدو كونه وسيط مالي يتاجر في الديون، يهدف إلى تحقيق الربح من خلال الفرق الحاصل بين سعري الفائدة (فهو يحتفظ بودائع العملاء مقابل فائدة منخفضة ويقومها لزبائن وعملاء آخرين على شكل قروض واعتمادات مالية بفوائد مرتفعة). إضافة للخدمات الاعتيادية من تحويل الأموال وصرف الشيكات والعملات وغيرها. نجد أن البنك الإسلامي يمارس جميع الأنشطة الاستثمارية والعمرانية بوجه عام. بمعنى أنه إضافة لما يقوم به البنك التقليدي من خدمات مصرفية يقوم بعمليات الاستثمار والتجارة فهو يجمع بين وظائف البنوك التجارية والمتخصصة وبنوك الاستثمار والأعمال ويقدم التمويل اللازم للمشروعات على اختلافها لا بل يسمح للبنك الإسلامي القيام بما يحظر على البنوك التقليدية القيام به، من بيع وشراء العقارات والمنقولات واستئجارها وتأجيرها وغير ذلك من التصرفات.[11]

ثانيا:- خصائص البنك الإسلامي:-

1. البنك الإسلامي بنك تنمية، يحرص على المساهمة في تنمية المجتمع والدولة التي يعمل من خلالها اقتصاديا و هذا احد أهم الأسس التي قام عليها البنك الإسلامي للتنمية. غير أن هذا الأمر لا يعني أن البنوك الإسلامية الأخرى لا يجوز لها أن تحقق الربح لزبائنها وعملائها إلى جانب دورها في العملية التنموية وإن اختلفت مع البنك الإسلامي للتنمية في بعض الخصائص فدار المال الإسلامي رغم أنها

---

[9] عبد الحميد، عاشور عبد الجواد، النظام القانوني للبنوك الاسلامية، (فرجينيا: المعهد العالمي للفكر الاسلامي، ط1 ، 1417 هـ - 1996 م) ، ص 13.

[10] المرجع السابق، ص 13.

[11] المرجع السابق، ص 13- 14.

أنشئت لتحقيق الربح المادي لعملائها غير أنها تمارس التنمية بتمويلها للمشاريع الصناعية والتجارية وغيرها وكذلك بنك فيصل الإسلامي المصري قام بتأسيس عشرات الشركات التي تغطي أوجه النشاط الاقتصادي المختلفة. إضافة إلى ما تقوم به البنوك الإسلامية من رفد الدولة بالعملة الصعبة وكذلك دورها في الحد من التضخم الأمر الذي يسهم في التنمية أيضاً.[12]

2. الدور الاجتماعي الفاعل:- هذا الدور وإن كانت تقوم به البنوك التقليدية بشكل أو بأخر غير أنه دور متميز للبنوك الإسلامية وان كان ما زال دون المستوى المطلوب.

إن قيام البنوك الإسلامية على أسس الشريعة الإسلامية بما تعنيه من معان التكافل والتضامن والحرص على مصالح الناس هيأ لها الأرضية الملائمة للقيام بهذا الدور متجاوزة البنوك التقليدية في ذلك. من جانب أخر فإن التزام البنك الإسلامي بعدم تمويل المشروعات الضارة بالمجتمع سواء تلك التي تهدف لإنتاج المواد المحرمة والضارة بصحة الإنسان أو حتى التعامل بالربا من خلال الإقراض والاقتراض.

يضاف إلى ذلك أمر مهم أخر وهو أداء الزكاة عن رأس مال البنك وعروض التجارة التي يملكها. كما أن البنك الإسلامي يشجع صغار المدخرين على ادخار أموالهم دون الخوف من الوقوع في الربا أو الحرام. و أخيراً فإن البنك الإسلامي يقدم خدمة القرض الحسن وان كانت محدودة جداً وبحاجة إلى تفعيل أكبر.[13]

ثالثا:- احتكام البنك الإسلامي إلى قواعد الشريعة الإسلامية:-

1. البنك الإسلامي بنك لا ربوي، فهو لا يتعامل بالفائدة أخذاً أو عطاء لأنها ربا وقد أجمعت المجامع الفقهية والعلماء المجتهدون على تحريمها.

وقد جاء في النظم الأساسية للبنوك الإسلامية ما ينص على تحريمها في مواد خاصة بهذا الأمر وهذه المواد غير قابلة للتعديل أو التغيير أو الإلغاء أو الإسقاط في أي وقت من الأوقات و بأي حال من الأحوال وتحت أي ظرف من الظروف.[14]

2. مراعاة الضوابط الشرعية في التمويل والاستثمار:-

---

[12] المرجع السابق، ص 15 – 16 .

[13] المرجع السابق، ص 16 – 17 .

[14] المرجع السابق، ص 20.

ويدخل في هذا الإطار الالتزام بعدم تمويل المشروعات والأنشطة المحرمة أو التي تفضي إلى الحرام والإضرار بالعباد وكذا الابتعاد عن الوسائل المحرمة في الكسب مثل الغش والاحتكار وافتعال الأزمات بهدف التلاعب بالأسعار ورفعها والتضييق على المستهلكين.

كما يدخل تحت هذا الأمر أيضا ترتيب الأولويات ومراعاة المصالح الضرورية وتقديمها على المصالح التحسينية والكمالية وذلك بالحرص على المشروعات التنموية والإنتاجية وبخاصة المتعلقة بصغار الصناع والتجار والحرفيين.[15]

و من الجدير ذكره أن البنوك الإسلامية تستطيع أن تلعب دورا إقليميا بالإضافة إلى دورها الداخلي أو الوطني بمعنى إن وجود بنك إسلامي دولي أو إقليمي يعتبر وسيلة فعالة للتنمية الاقتصادية على مستوى العالم العربي والإسلامي ككل. ومثال ذلك البنك الإسلامي للتنمية والذي لم يكن الدافع وراء تأسيسه رؤية فقهية أو نظريات مجردة وإنما جاء التوافق على إنشائه لدوافع واعتبارات عقائدية واجتماعية وسياسية في المجتمعات الإسلامية المعاصرة في محاولة من هذه المجتمعات وقياداتها في حينه للتخلص من عبء وذل القروض الأجنبية التي تفتح الباب على مصراعيه أمام الدول الكبرى للسيطرة على مقدرات وثروات الشعوب الفقيرة والضعيفة، و السر في محاولة التحرر هذه هو الاعتماد على مبدأ التضامن والتكافل بدل القروض والفوائد المترتبة عليها.[16]

و يمكن أن نوجز دور هذا البنك وغيره من البنوك على شاكلته بالتالي:-[17]

1. المساهمة في تحقيق التكامل الاقتصادي من خلال التكامل المالي وذلك بإنشاء مشروعات مشتركة بين الدول التي تملك رأس المال والدول التي تملك الخبرة والفرص الاستثمارية التي تفتقر إليها الأولى.
2. معالجة مشكلة الديون الخارجية والتخلص منها وذلك بتقديم أدوات جديدة للتمويل ضمن إطار الشريعة الإسلامية وبعيدا عن القروض الربوية.

---

[15] المرجع السابق، ص 20 – 21 .

[16] الشاوي، توفيق، البنك الإسلامي للتنمية، مرجع سابق، ص 11.

[17] عبد الحميد، عاشور، مرجع سابق، ص 21 – 23 .

3. الحفاظ على أموال الأمة وحمايتها من الضياع والأخطار الناجمة عن استثمارها في الدول الأجنبية والاستعاضة عن ذلك باستثمارها في الدول العربية والإسلامية.
4. التحرر من سيطرة الشركات المتعدية الجنسية والتي تتبع الدول الكبرى وتحاول إملاء سياسة دولها على الدول الفقيرة والنامية والتحكم في اقتصادها بحجة الاستثمار وتطوير البلد اقتصاديا وعلميا وغيرها.

هذا التطوير يمكن أن تقوم به البنوك الإسلامية الدولية بإنشاء شركات وطنية بديلة وشراء التكنولوجيا الحديثة، وإن كان الأولى محاولة صنعها من قبل أبناء البلد.

المطلب الثاني:القوانين المؤسسة للمؤسسات المالية الإسلامية:

يعمل في العالم العربي والإسلامي نوعين من البنوك بينهما بعض أوجه الشبه وكثير من الإخلاف سواء في القواعد القانونية المؤسسة لهما أو المطبقة عليهما أو في أوجه النشاط والخدمات المقدمة من قبلهما. وهذين النوعين أو النمطين هما البنوك التقليدية والبنوك الإسلامية.

وموضوع البحث هنا هو تلك القوانين التي أنشئت من خلالها البنوك الإسلامية، وماهية الأداة القانونية المتبعة في ذلك.

إن الأداة القانونية المنشئة للبنك الإسلامي والبنك التقليدي واحدة فهي أما أن تكون أداة وطنية أو أداة دولية. ويقصد بالأداة الوطنية هي تلك الصادرة عن سلطة وطنية مختصة أو يقوم بها الشركاء بناء على ما تقرره هذه السلطة من أوضاع فقد يتم إنشاء البنك بموجب عقد من عقود القانون الخاص أو بموجب قانون صادر عن السلطة التشريعية في الدولة، أما ما يصدر بناء على إرادة دولية بحكم اتفاقات دولية أو قرار إحدى المنظمات الدولية فيأخذ صفة الأداة الدولية.[18]

إن الشكل القانوني للبنك الإسلامي يتحدد بحسب مجموعة القوانين المنظمة له. ولعل أهم هذه القوانين في معظم الدول هما قانون الشركات وقانون البنوك فتشرف على الأول وزارات الصناعة والتجارة بينما تشرف البنوك المركزية على الثاني فالبنك الإسلامي يتأسس على شاكلة البنوك التقليدية كشركة مساهمة عامة. فيدخل بذلك تحت حكم قانون الشركات سواء فيما يتعلق بعقد التأسيس – الذي يظهر من خلاله اسم البنك ومقره وأهدافه ورأسماله وقيمة الأسهم والأعضاء المؤسسين والمبلغ المكتتب به من قبل كل منهم – والنظام الأساسي

[18] عبد الحميد، عاشور، مرجع سابق، ص 35.

للبنك الذي يتضمن إضافة إلى ما جاء في عقد التأسيس آلية عمل البنك إداريا وماليا.[19] كما قد يأخذ البنك الإسلامي شكل الجمعية التعاونية أو المؤسسة العامة.[20]

المطلب الثالث: الأطر القانونية المعمول بها في الدول العربية والإسلامية

إن تطور البنوك وتعدد وظائفها وما باتت تقوم به من دور هام وفاعل في التنمية الاقتصادية وإسناد الدولة في مشروعاتها وحال وقوعها في أزمة مالية ما، دفع الأخيرة إلى تنظيم أعمال البنوك ونشاطاتها وفق قواعد وأسس قانونية تواكب التطور الحاصل عالميا وإقليميا من اجل الوفاء بمقتضيات التعامل التجاري والمصرفي في إطار النظام القانوني للبنوك والذي يقصد به:"مجموعة القواعد والأحكام التي تطبق على فئة من الناس على النحو الذي تظهر فيه هذه القواعد بأنها مجردة وعامة وملزمة، وتعد كذلك أساسا لممارسة البنوك لإعمالها، ولا يمارس البنك نشاطه أو أيا من أعماله إلا بعد سلسلة من الإجراءات تنتهي إلى القول إن البنك شخصية معنوية بافتراض القانون لها."[21]

إن القوانين التي قننتها الدولة في هذا الإطار تهدف إلى رعاية وحفظ حقوق المودعين وحماية البنوك من اجل الوصول إلى استقرار اقتصادي وائتمان مصرفي يصبان في مصلحة الاقتصاد الوطني بوجه عام. ولعلنا نجد النظام القانوني الخاص بالبنوك ضمن قواعد قانونية عامة جاءت في عدة فروع للقانون مثل قانون الشركات، قانون التجارة، قانون ضريبة الدخل، قانون البنوك، قانون البنك المركزي وغيرها من القوانين.يضاف إلى ذلك ما يصدر عن المنظمات الدولية المختصة في هذا الشأن من اتفاقات وإرشادات للبنوك.ويغطي النقص في بعض التشريعات القانونية مصادر أخرى كالعرف والقضاء والفقه.[22]

هذه الصورة الموجزة لما ينظم أعمال البنوك من قوانين وتشريعات هي في الأساس مستمدة من القانون الوضعي وقد قننت لتناسب أعمال البنوك التقليدية. ولا تكاد تجد تعارض بينها وبين أعمال تلك البنوك. لكن ماذا عن البنوك الإسلامية التي جاء تأسيسها متأخرا عشرات السنين عن البنوك التقليدية، فوجدت نفسها في بيئة

[19] العجلوني، محمد، مرجع سابق، ص 128.

[20] عبد الحميد، عاشور، مرجع سابق، ص 41.

[21] الكيلاني،محمود، الموسوعة التجارية والمصرفية،(عمان:دار الثقافة،ط1،2008)،م4،ص28.

[22] المرجع السابق، ص29.

قانونية وتشريعية بعيدة كل البعد عن المبدأ والأساس الذي قامت عليه والمتمثل بالتزام أحكام الشريعة الإسلامية في كافة تعاملاتها؟

ذكرنا سابقا إن النظم الأساسية وعقود التأسيس للبنوك الإسلامية نصت على الالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية في مختلف تعاملاتها، والذي على أساسه حظيت بثقة المودعين والمستثمرين، وهو ولاشك سر نجاحها وإقبال الناس عليها. إن هذه المؤسسات والبنوك تمارس عملها بوجه عام في بيئة قانونية مستندة إلى النظام القانوني الوضعي، فهي ملتزمة أو ملزمة بما يمليه هذا النظام من قوانين وتصورات وتعليمات كما أنها خاضعة للأحكام القضائية التي تحكم منازعات هذه البنوك وغيرها من البنوك التقليدية.[23]

التنظيم القانوني للبنوك الإسلامية:

تنتظم البنوك الإسلامية في الدول التي تعمل فيها تحت اطر ثلاثة هي: الإطار القانوني والقضائي الذي يلتزم الشريعة الإسلامية، والإطار القانوني والقضائي التقليدي الصرف الذي يعتمد القوانين الوضعية، والإطار القانوني والقضائي التقليدي الذي يسمح بتقديم خدمت مالية إسلامية من خلال سن قوانين خاصة لتنظيم عمل هذه المؤسسات المالية.[24]

الإطار الأول: الإطار القانوني والقضائي الذي يلتزم الشريعة الإسلامية بوجه عام. في هذا الإطار قامت بعض الدول الإسلامية مثل الباكستان والسودان وإيران بتغيير أنظمتها الاقتصادية بشكل جذري، وأدخلت الأسس الإسلامية المطلوبة ماليا وقانونيا، فعدلت العديد من قوانينها بهدف إنجاح النظام الجديد مثل قوانين البنوك والشركات والضرائب والتسجيل. وبرغم قلة المشاكل القانونية في هذا الإطار نظر للتوافق والانسجام بين المعاملات المصرفية ومبادئ الشريعة الإسلامية غير انه يواجه بعض العقبات من قبيل عدم فهم الزبائن والعملاء لأحكام المعاملات الإسلامية، وبالتالي صدمتهم من نتائج بعض الأحكام الصادرة عن قضاة المحاكم الشرعية. ومن مسببات هذه الصدمة أو الاستهجان عدم وجود قوانين مفصلة للمعاملات المالية الإسلامية الحديثة منها على وجه الخصوص وعدم إلمام القضاة بحيثيات هذه المعاملات وملابساتها. أضف إلى ذلك عدم تدوين السوابق القضائية مما يعيق الاطلاع عليها والإفادة منها من قبل الجمهور كما انه لا يؤخذ بالسوابق القضائية

---

[23] العدوية، انكو ربيعة، مرجع سابق، ص63.

[24] العدوية، انكو ربيعة، مرجع سابق، ص67-71، لخضر؟، شعاشية، بحث بعنوان الجوانب القانونية لتاسيس البنوك الاسلامية،(www.rcweb.luedld.net).

في المحاكم الشرعية فهي غير ملزمة للقضايا المستجدة. هذه التعقيدات جعلت الكثير من عملاء البنوك الإسلامية والبنوك ذاتها تفضل اللجوء إلى القوانين المدنية في دول أخرى لا تعمل محاكمها وفق هذه القوانين.[25]

الإطار الثاني: الإطار القانوني والقضائي التقليدي الصرف، والمعمول به في الدول غير الإسلامية وبعض الدول الإسلامية مثل تونس. في هذا الإطار تخضع البنوك الإسلامية للقوانين المنظمة للبنوك التقليدية بشكل تام، وهذه القوانين مستمدة من القانون المدني. وهذا الإطار لا يعترف بالمؤسسات المالية الإسلامية بأنها مؤسسات مصرفية أو بنوك، ذلك أنها تمارس التجارة والاستثمار وتقوم عليهما أساسا، ومع ذلك فهي مقيدة نظريا وعمليا بالقوانين المدنية السارية على النظام المصرفي في البلد. وعدم الاعتراف هذا يضيف أعباء ضريبية على المؤسسات الإسلامية ويحرمها من التسهيلات الممنوحة للبنوك التقليدية في هذا المجال، ويعيق منافستها تجاريا واقتصاديا على ارض الواقع بسبب غلاء مصروفاتها التشغيلية. وأكثر ما يؤرق البنوك الإسلامية تحت مظلة هذا الهيكل القانوني إن منازعاتها تخضع لولاية المحاكم المدنية، مما يعني صدور أحكام مخالفة للشريعة الإسلامية التي تمت معاملات هذه البنوك على أساسها ابتداء.[26]

الإطار الثالث: الإطار القانوني والقضائي العام الذي يحوي تشريعات وتعليمات متعلقة بالبنوك الإسلامية، حيث قامت بعض الدول الإسلامية بالمزاوجة بين الأنظمة القانونية القائمة التي تنظم العمل المصرفي في البلد بوجه عام وبين النظام الخاص بالبنوك الإسلامية. فقد بدأ العمل بهذه الصيغة في ماليزيا سنة 1983 وكذلك في تركيا ومعظم البلاد العربية، وبشكل أساسي في دول الخليج العربي، فنجد إن هذه الدول أصبحت تدرج ضمن قوانينها المتعلقة بالمصارف والسياسة النقدية وعمل البنك المركزي بندا أو بابا تحت عنوان البنوك الإسلامية والذي أضحى المظلة التي تنشأ في ظلها هذه البنوك. فيما قامت دول أخرى مثل مصر بإتاحة إنشاء بنوك إسلامية بموجب قانون خاص لكل بنك على حدة. ومع إن البنوك الإسلامية تواجه مشكلات جمة في هذا الإطار غير إنها أفادت من الاعتراف القانوني بها وسهل سبل عملها وخفف عنها الأعباء الضريبية التي تواجهها البنوك تحت الإطار الثاني، وهذه التسهيلات بقيت قاصرة عن الوفاء بمتطلبات البنوك من الناحية القضائية، فالنزاعات تحال إلى المحاكم المدنية للنظر فيها وهذه المحاكم لا تأخذ بالاعتبار خصوصية المعاملات

[25] المرجع السابق، ص71، ص168.

[26] المرجع السابق، ص68، ص169.

الإسلامية، إضافة إلى ضعف الخبرة لدى المحامين والقضاة في هذه المعاملات، وإدراج بعض القوانين للدولة ضمنها مثل قوانين العقود والأراضي والاستملاك والإجراءات والشركات وغيرها. أخيرا فان القوانين المتعلقة بالبنوك الإسلامية تحت هذه المظلة تهتم بالإجراءات دون الخوض في الأحكام التفصيلية لتطبيق المعاملات.[27]

إن إحالة القضايا والمنازعات المتعلقة بالبنوك الإسلامية في الإطارين الثاني والثالث إلى القوانين المدنية أدى إلى إصدار أحكام مخالفة للشريعة الإسلامية بوجه عام والحق أضرارا بالغة بهذه البنوك. ولعل الرجوع إلى بعض القضايا التي بتت فيها المحاكم الدنية يظهر لنا مدى هذه الأضرار.وسأعرض هنا لأمثلة ثلاث كنموذج لحالات أخرى كثيرة للتدليل على ذلك.

مثال(1): قضية بتت فيها المحاكم البريطانية بين:

Islamic Investment Company of the gulf. v Symphony Gems

فقد دخل البنك في معاملة تمويلية مع المدعى عليه سيمفوني انتهت في المحكمة البريطانية بناء على اتفاق مسبق بين الطرفين يقضي باللجوء إلى القضاء البريطاني في حال وقوع النزاع(وهذا المثال وإن كان غير مباشر للحالة التي نبحثها هنا إلا أنه يعطي صورة دقيقة عما يجري في الإطار القانوني المعني) والسبب هو أن سيفوني لم يدفع أي من الأقساط المترتبة عليه، ولفهم الصيغة القانونية لعقد المرابحة استدعت المحكمة خبيرين لبيان ذلك،كان أحدهما د. يحيى السمان الذي توصل بعد النظر في طبيعة وشروط العقد إلى أن الاتفاق موضع النزاع لا يتوفر على الخصائص الأساسية لعقد المرابحة.

إلا أن المحكمة بناء على نص الاتفاق بالالتزام بالقانون البريطاني في إبرام العقد والذي وجدته موافقا له وبالتالي فهو ملزم لأطرافه وحكمت لصالح المدعي وهو البنك. عند الوقوف على القضية بتفاصيلها نلاحظ أمرين جد خطيرين الأول هو فساد بعض العقود التي تجريها بعض المؤسسات الإسلامي وتلوذ بالقضاء المدني لجني الأرباح من خلاله وهذه طامة كبرى تحتاج من المعنيين والفقهاء والباحثين وقفة جادة لتداركها،والثاني هو خطورة البت في قضايا المعاملات الإسلامية من خلال القضاء المدني مما يترتب عليه وقوع الظلم على أحد الأطراف أحيانا .[28]

مثال(2): قضية بت فيها القضاء الماليزي:

---

[27] المرجع السابق، ص70، ص169.
[28] ربيعة، انكو، مرجع سابق،ص72.

Arab Malaysian Merchant Bank .v Salver concept

فحوى القضية إبرام عقد بصيغة البيع بثمن آجل بين البنك وهو المدعي والمدعى عليه يتم بموجبه شراء عقار ومجموعة من الأصول في سلانغور، من الجدير ذكره أن المدعي هنا لم يكن الممول الوحيد للعملية وإنما هو أحد الممولين ويقوم بناء على طلب المدعى عليه بتنظيم التمويل الكامل للمشروع من خلال عدة مؤسسات مالية فهو يلعب دور الممول والوكيل للمدعى عليه ،إلا أنه وبعد إتمام العملية(رغم ما يشوبها من شبهات ليس هذا محل بحثها) الا ان العميل تخلف عن سداد الأقساط وهناك شرط في العقد ينص على أن تخلف العميل عن الدفع فإن باقي الأقساط تعجل ولا ينتظر حلول وقتها فيجب على العميل الوفاء ،ورغم طلب العميل إعادة هيكلة العقد المبرم وموافقة البنك على ذلك إلا أن تخلف العميل عن تزويد البنك بمعلومات محددة طلبها منه أضطر البنك لرفع القضية إلى المحكمة المدنية لتحصيل حقوقه . بعد أن تمت إجراءات التقاضي والتي استمرت ما يقارب العشر سنوات حكم القاضي لصالح المدعي بأن يدفع المدعى عليه ما يترتب عليه للبنك والتعويض عن الأضرار التي لحقت بالبنك نتيجة عدم السداد.من الملاحظ أن العميل حاول التشكيك بصحة العقد من الناحية الشرعية الأمر الذي رفضه القاضي مبينا أن هذه وسيلة للتهرب من السداد وأن المشكلة في تفسير العقد وليس في مشروعيته.[29]

مثال(3): من القضاء السوري:

حيث مول أحد المصارف الإسلامية اعتمادا لاستيراد السيارات بحيث ترد البوالص والمستندات باسم المصرف الذي يظهرها للعميل وفقا لقواعد عمل المصارف الإسلامية .فقد استلم العميل السيارات وامتنع عن سداد الدين فرفع المصرف دعوى ضده وطلب إلقاء الحجز الاحتياطي على أموال العميل ،إلا أن القاضي رفض ذلك بحجة أن السيارات وصلت إلى سوريا باسم المصرف الإسلامي وفقا للمستندات التي سلمها للعميل بالتظهير وبالتالي فالمستورد لم يكن العميل والاعتماد لم يفتح باسمه .وحتى تم الشرح والتوضيح للقاضي آلية تمويل التجارة الدولية والتي استغرقت بعض الوقت استطاع العميل بيع السيارات للعراق قبل إلقاء الحجز عليها.[30]

[29] **THE HIGH COURT OF MALAYA AT KUALA LUMPUR WILAYAH PERSEKUTUAN [COMMERCIAL DIVISION] SUIT NO: D4-22A-145A-2003** *Between* **ARAB-MALAYSIAN MERCHANT BANK BERHAD (Company No: 237424) - PLAINTIFF** *And* **SILVER CONCEPT SDN. BHD. (Company No: 322560-H)**

[30] متري،موسى خليل.دراسة بعنوان التحكيم في العمليات المصرفية في الدول ذات الاقتصاد المتحول. مقدمة للمؤتمر السنوي السادس عشر(التحكيم التجاري الدولي) جامعة الامارات العربية،ص101.

هذه الأطر والهياكل القانونية التي تعمل من خلالها البنوك الإسلامية في مختلف أنحاء العالم. ولعل من الضروري هنا الحديث عن البنوك المركزية للدول المختلفة–كون هذه البنوك هي المرجع الأساسي لكافة البنوك والمؤسسات المالية في الدولة سواء كانت إسلامية أو تقليدية–وعلاقة البنوك الإسلامية بها.

أسس وأبعاد العلاقة بين البنوك الإسلامية والبنوك المركزية:

البنوك المركزية لها وظائف متعددة وهي وان كانت تحمل اسم البنك غير إن طبيعة عملها والهدف من إنشائها مختلف ويكاد لا يلتقي مع طبيعة عمل البنك بالمعنى الحرفي للكلمة ولا الهدف من إنشائه سواء كان بنكا تجاريا أو استثماريا أو...ولهذا نجد تعريفات مختلفة للبنك المركزي تبعا لتعدد مهامه ووظائفه، ولعل اشمل هذه التعريفات وأوضحها تعريف مجلة المدير المالي،"يعتبر البنك المركزي قلب الجهاز المصرفي بشكل عام ويقوم بإصدار أوراق النقد ويعمل على المحافظة على استقرار قيمتها وهو بنك الحكومة، حيث يتولى القيام بالخدمات المصرفية للحكومة ويشاركها في رسم السياسة النقدية والمالية وهو أيضا بنك البنوك حيث يحتفظ بحسابات المصارف لديه ويقوم بإجراءات المقاصة بينها وتقديم القروض للمصارف التجارية وغيرها من المؤسسات الائتمانية، وكذلك يقوم بإعادة خصم ما تقدمه إليه المصارف من أوراق تجارية باعتباره المقرض الأخير للنظام الائتماني وكرقيب على الائتمان بالدولة."[31]

غير إن العلاقة بين البنك المركزي والبنوك الإسلامية تتجاوز مسائل التنظيم والرقابة المباشرة إلى ضرورة الأخذ بعين الاعتبار طبيعة البنوك الإسلامية سواء من حيث النشأة أو الأعمال والوظائف التي تقوم بها، والمستندة إلى المبادئ الاقتصادية والمالية المستمدة من فقه المعاملات الإسلامية. بناء عليه ومن اجل قيام هذه البنوك بعملها بالشكل الصحيح فإنها تحتاج إلى استثناءات معينة منذ لحظة الموافقة على ترخيصها.[32]

في الواقع إن طبيعة وشكل العلاقة بين الطرفين تعتمد على طبيعة النظام القانوني للدولة التي يعمل فيها البنك الإسلامي وقد ذكرنا أن هناك أكثر من إطار قانوني في العالم تعمل في ظله هذه البنوك. ويمكن أجمالها في ثلاثة نماذج رئيسية ويضاف إليها نموذجان خاصان بالسعودية والكويت بشكل مستقل لكل منهما.[33]

---

[31] www.financialmanager.wordpress.com

[32] الحنيطي، هناء، بدائل المسعف الاخير للمصارف الاسلامية من البنوك المركزية، بحث مقدم لمؤتمر المصارف الاسلامية"بين الواقع والمامول"، دبي،2009. ص21.

[33] المرجع السابق، ص21-24، انظر أيضا، عوجان، وليد هويمل، الرقابة القانونية على البنوك الاسلامية، بحث مقدم لمؤتمر المصارف الاسلامية"بين الواقع والمامول"، دبي،2009. ص18-19..

النموذج الأول:

يطبق هذا النموذج في الدول التي عملت على الانتقال من النظام المالي التقليدي إلى النظام المالي الإسلامي بشكل شبه كامل الباكستان والسودان وإيران. فالبنوك الإسلامية في هذه الدول لا تواجه صعوبات مع البنوك المركزية لاستناد العلاقة إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

النموذج الثاني:

نجد هذا النموذج في الدول التي سمحت بإنشاء البنوك الإسلامية وقننت لها قوانين خاصة لتنظيمها والرقابة عليها بشكل مستقل عن البنوك التقليدية، مما يسمح بقيام علاقة منضبطة بين البنوك الإسلامية والبنوك المركزية في هذه الدول مثل ماليزيا وتركيا والإمارات العربية المتحدة.

النموذج الثالث:

أصدرت بعض الدول قوانين خاصة واستثنائية لإنشاء البنوك الإسلامية إلى جانب البنوك التقليدية ، إلا إن هذه القوانين لم تعط ميزة في التعامل للبنوك الإسلامية من قبل البنوك المركزية وهي ملزمة بما يطبق على باقي البنوك من قوانين. ويشهد هذا النموذج إشكالات جوهرية بين طرفي المعادلة، ويطبق هذا الحال في دول مثل البحرين ومصر وقطر.

النموذج الرابع:

يتمثل هذا النموذج في دولة واحدة هي المملكة العربية السعودية من خلال مصرفها المركزي المسمى مؤسسة النقد العربي السعودي، والتي تقوم على الشريعة الإسلامية، فلا تتعامل بالفائدة أخذا وعطاء، ولا القيام بأية أعمال تتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية.

النموذج الخامس:

في الدول التي لم تصدر تشريعا يتضمن قيام بنك إسلامي، مثل الكويت، حيث أنشئ بيت التمويل الكويتي من قبل وزارتي الأوقاف والمالية طبقا لأحكام القانون في الدولة مع استثناء هذه الشركة من القوانين المطبقة على البنوك والمؤسسات الأخرى.

إن العلاقة بين البنوك الإسلامية والبنوك المركزية لا فكاك عنها في ظل الأطر القانونية والمالية القائمة كون الأولى جزء من النظام المصرفي في البلد وباعتبار الثانية هي المسئول الأول والأخير عن هذا النظام. ولكن هذه العلاقة لا بد من ترشيدها والوصول بها إلى وضع يسمح للبنوك الإسلامية بممارسة نشاطها وفق رؤيتها والمبادئ التي

أنشئت من اجلها، ويسمح كذلك للبنوك المركزية بتنظيم عمل البنوك الإسلامية والرقابة عليها بما يحقق مصلحة البنوك وعملائها والدولة الراعية لها. وهذا ولا ريب أمر يحتاج إلى ابتكار أدوات ووسائل مناسبة لإدارة العلاقة بين الطرفين، وهذا جهد يقع على عاتق المعنيين من الطرفين لأننا نواجه واقعا معاشا، فالبنوك الإسلامية أضحت جزءا مهما من الاقتصاد الوطني وأثبتت جدارتها وقدرتها في الميدان لا بل تفوقها على غيرها وهذا ما أثبتته الأزمة المالية العالمية الاخيرة2009، وهي مع ذلك تعمل ضمن الأطر القانونية التي أسلفنا، وهذه الأطر لا يمكنها تجاوز تلك البنوك أو القفز عليها أو حتى الاستغناء عن دورها الاقتصادي. لذا لابد من إقرار قوانين خاصة بهذه البنوك. ولعل التجربة الماليزية حققت نجاحا في هذا الإطار حيث تنص المادة 1/60على إن البنك المركزي وبالتعاون مع الحكومة أو أي وكالة حكومية أو مؤسسة قانونية أو سلطة إشراف أو منظمة وطنية دولية سيعمل على تطوير ماليزيا كمركز للتمويل الإسلامي الدولي. من اجل ذلك يجوز للبنك القيام بإنشاء واستحداث ما يراه مناسبا من لجان لتساعد الحكومة أو أي منظمة أو مجلس أو هيئة أو لجنة أنشئت بواسطة الحكومة لبلوغ هذا الهدف وتوفير التسهيلات القانونية والمالية اللازمة كذلك ما تسعى إليه البحرين حاليا للوصول بالعمل المصرفي الإسلامي إلى ارقي درجاته. وهناك من يرى ضرورة العمل على تحرير البنوك الإسلامية من رقابة البنوك المركزية لما يلحق بالبنوك الإسلامية من أضرار نتيجة هذه الرقابة والتبعية سواء فيما يتعلق بطرق وأدوات الاستثمار أو في وظيفة المسعف الأخير، وإسناد هذا الأمر إلى الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية أو إنشاء هيئة خاصة لهذا الأمر، وهو مطلب بعيد المنال في ظل الأطر القانونية القائمة.

المبحث الثاني:

ضرورة التحكيم في العمليات المصرفية الإسلامية

بالرجوع إلى الحالات التي تناولتها الورقة والى دراسات أخرى سواء في الدول الإسلامية او الغربية نجد أن القضاء علاوة على ما يتصف به من بطء في تسوية النزاعات بسبب الروتين القاتل في إجراءاته وعدم أخذه في كثير من الحالات خصوصية منتجات الصناعة المالية الإسلامية نلاحظ كثرة المطالبة باتخاذ التحكيم وسيلة لفض المنازعات المصرفية كبديل له أفضلية على القضاء يهدف للتخفيف من المخاطر القضائية والقانونية ويمكن من خلاله تطبيق أحكام الشريعة على هذه المنازعات .ولكن كيف يتحقق ذلك وليس للمحكمين سلطات القضاء بالإضافة إلى الافتقار للآليات والأطر القانونية الواضحة التي تنظم عملية التحكيم آخذين بعين الاعتبار أيضا ما في التحكيم من سلبيات بجانب ايجابياته.

المطلب الأول: مفهوم التحكيم وطبيعته في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.

تعريف التحكيم لغة

التحكيم لغة: مصدر حكَّم يحكِّم بتشديد الكاف أي جعله حكما، والحُكم بضم الحاء وسكون الكاف هو القضاء، وجاء بمعنى العلم والفقه، والقضاء بالعدل. ومنه قوله تعالى: يَا يَحْيَىٰ خُذِ الْكِتَابَ بِقُوَّةٍ ۖ وَآتَيْنَاهُ الْحُكْمَ صَبِيًّا.[34] ومنه الحكمة بمعنى وضع الشيء في محله.

والحكم بفتح الحاء والكاف من أسماء الله تعالى، قال تعالى: أَفَغَيْرَ اللَّهِ أَبْتَغِي حَكَمًا وَهُوَ الَّذِي أَنْزَلَ إِلَيْكُمُ الْكِتَابَ مُفَصَّلًا ۚ وَالَّذِينَ آتَيْنَاهُمُ الْكِتَابَ يَعْلَمُونَ أَنَّهُ مُنَزَّلٌ مِنْ رَبِّكَ بِالْحَقِّ ۖ فَلَا تَكُونَنَّ مِنَ الْمُمْتَرِينَ.[35]

ويطلق على من يختار للفصل بين المتنازعين، وبهذا ورد أيضا في القرآن الكريم: وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا.[36] والمحكم هو الحكم.[37]

وعرفه ابن نجيم قال هو جعل الحُكم في ما لَك إلى غيرك[38].

وقال بعضهم: حكَّموه: جعلوه حَكَما. وحكَّمه في ماله فاحتَكَم وتحَكَّم. وحَكَّمه في الأمر تحكيما: أمره أن يَحكُم فاحتَكَم.[39]

تعريف التحكيم اصطلاحا:

أولا: في الشريعة الإسلامية.

---

[34] سورة مريم: الاية12.

[35] سورة الأنعام: الآية114

[36] سورة النساء: الآية 35

[37] ابن منظور، لسان العرب، (بيروت:دار إحياء التراث العربي،ط3)، تصحيح أمين محمد عبد الوهاب والصادق العبيدي، ج3، ص270. انظر القاموس المحيط،(بيروت:دار الفكر، ط1) ،توثيق يوسف الشيخ محمد البقاعي، ص988.

[38] ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق.(باكستان: كوته)، ج7، ص24.

[39] الزمخشري، جار الله محمود بن عمر بن احمد، أساس البلاغة،(بيروت:دار الكتب العلمية، ط1، 1419هـ، 1998م)، تحقيق محمد باسل عيون السود،ج1، ص206. انظر ترتيب القاموس المحيط للزاوي، ط2، ج1، ص685.

لا يضع كثير من الفقهاء تعريفا دقيقا للتحكيم مكتفين بما استقر في النفوس من معناه اللغوي وبما تواضع عليه العرف والعمل وإنما يمكننا استخلاص تعريف التحكيم من عباراتهم التي تبين وتفصل في حكمه، ومن أمثلة ذلك قولهم: لو أن رجلين حكَّما بينهما رجلا فحَكَم بينهما، أمضاه القاضي....

وإذا حكَّما رجلا ورضيا بحكمه لزمهما حكمه ولو حكم خصمان رجلا في غير حد الله تعالى جاز مطلقا.[40]

رغم ذلك فإننا نجد لبعض الفقهاء تعريفا للتحكيم يدور في فلك هذه المعاني،

فقد عرفه ابن نجيم هو تولية الخصمين حاكما يحكم بينهما[41].

وعرفه ابن فرحون فقال: ومعناه أن الخصمين إذا حكما بينهما رجلا وارتضياه بأن يحكم بينهما فإن ذلك جائز في الأموال وما في معناها.[42]

ونصت المادة 1790 من مجلة الأحكام العدلية : إن التحكيم هو عبارة عن اتخاذ الخصمين حاكما برضاهما لفصل خصومتهما ودعواهما، ويقال لذلك حكم بفتحتين ومحكم بضم الميم وفتح الحاء وتشديد الكاف المفتوحة.[43]

وجاء في قرار رقم 95-8-د90. الصادر عن مجمع الفقه الإسلامي أن التحكيم هو: اتفاق بين طرفي الخصومة المعينة على تولية من يفصل في منازعة بينهما بحكم ملزم يطبق الشريعة الإسلامية.[44]

واختار الدكتور علي محي الدين القرة داغي أن يعرف التحكيم على أنه اتفاق طرفي الخصومة على تولية من يفصل بينهما بحكم ملزم،[45] معتبرا أنه لا بد من إضافة الإلزام إلى التعريف حتى تتحقق الفائدة المنشودة من التحكيم، فالاتفاق إما أن يتم عن طريق العقد الموقع بين الطرفين الذي ينص على شرط التحكيم أو يتم بأية وسيلة أخرى، وبلفظ الاتفاق يخرج القضاء حيث إنه منصوب بأمر الحاكم ، وسماه بعض المعاصرين عقدا كما جاء في تعريف الشيخ الزرقا قال: هو عقد بين طرفين متنازعين يجعلان فيه برضاهما شخصا أخر حكما بينهما

---

[40] الميناوي، محمد بدر يوسف، بحث بعنوان مبدأ التحكيم في الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع9، ج4، 1996، ص172

[41] ابن نجيم، مرجع سابق، ج7، ص24، وابن عابدين، محمد أمين ،رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، (لبنان:بيروت: دار الكتب العلمية) ج8، ص125.

[42] ابن فرحون، محمد،تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام،(بيروت: دار الكتب العلمية) ج1،ص50.

[43] حيدر، علي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام،(بيروت:دار الجيل) ،م4، ص578.

[44] مرجع سابق، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة التاسعة لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي، ع9، ج4، 1996،ص385.

[45] القرة داغي، علي محيي الدين،بحوث في فقه البنوك الإسلامية،(بيروت: دار البشائر الإسلامية ط1، 2007)،ص473

لفصل ما،[46] وهو يرى أن حقيقة التحكيم أن يحتكم طرفان إلى طرف ثالث يختارانه برضاهما ليكون حاكما بينهما، في دعواهما، بدلا من القاضي، ويشمل (طرفي الخصومة) الشخصين الطبيعيين أو الاعتباريين والخصومة هنا ما جرى فيه النزاع بين الطرفين مالا أو غيره، وبدون الخصومة لا يسمى تحكيما، أما المراد بعبارة من يفصل بينهما شمولها لفرد أو أكثر واحتمالها لأن يكون المحكم هيئة أو مركز أو شخصية اعتبارية كما أن كون الحكم ملزما يخرج الفتيا التي يصدرها المفتي عندما يلجأ إليه المتخاصمان.

ثانيا:في القانون الوضعي.

إن الكثير من فقهاء القانون اجتهدوا في تعريف التحكيم وبيانه، ومن الأمثلة على ذلك:

* (اتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به).[47]

* (نظام قانوني يجيز للأفراد أو يوجب عليهم إخضاع ما يثور بينهم من نزاع نشأ فعلا أو لم ينشأ بعد لحكم تحكيم يصدره شخص أو أكثر ينتمي أو لا ينتمي إلى هيئة نظامية وتلعب إرادة الأفراد –بدرجات متفاوتة – دورا في تسميته)[48].

* والتحكيم في العلاقات الدولية هو: (أحد وسائل الفصل التي تقوم بين دولتين أو أكثر يتولاه شخص أو أكثر أو شخصية سياسية أو هيئة دولية ينتهي بقرار يحسم النزاع ويلزم أطرافه).

* (اتفاق الأطراف على تفويض المحكم سلطة حسم النزاع بحكم ملزم، وقابل للتنفيذ).[49]

* التحكيم بصفه عامه هو اتفاق أطراف علاقة قانونيه معينه عقديه أو غير عقديه علي أن يتم الفصل في المنازعة المثارة فيما بينهم أو سوف تثار فيما بينهم عن طريق محكمين يتم اختيارهم من الأطراف للفصل في النزاع بحكم ملزم للطرفين.وهو بذلك وسيله بديله للقضاء لحل المنازعات الناشئة عن علاقة تعاقديه أو غير تعاقديه دوليه كانت أو داخليه محليه , وتجري إجراءاته وتنفذ أحكامه بالإجراءات المنصوص عليها بقانون التحكيم مع الاستعانة بالقضاء الوطني.[50]

---

[46] الزرقا، مصطفى احمد، المدخل الفقهي العام، (دمشق: مطابع ألف باء الأديب،ط9، 1967).

[47] أبو الوفا، احمد، عقد التحكيم وإجراءاته،(منشأة المعارف :الإسكندرية،ط1978،3) ص15.

[48] المصري، حسني، التحكيم التجاري الدولي،(مصر: المحلة الكبرى: دار الكتب القانونية،2006)، ص5.

[49] المرجع السابق، ص22.

[50] www.wikipedia.org

* تعريف اتفاقية لاهاي لعام 1907 والذي تضمنته المادة 37 من الاتفاقية والخاصة بتسوية المنازعات الدولية تسوية سلمية والتي تنص على : أن موضوع التحكيم الدولي هو تسوية المنازعات بين الدول بواسطة قضاة من اختيارهم وعلى أساس احترام القانون، وان الرجوع إلى التحكيم يتضمن تعهدا بالخضوع للتحكيم بحسن نية. هذه إذن بعض التعريفات المنقولة عن الكتابات باللغة العربية للتحكيم أضفت إليها تعريفان باللغة الانجليزية آثرت إبقاءها دون ترجمة لتحقيق الفائدة المرجوة من فهمها بالشكل الصحيح من قبل القارئ.

* A form of alternative dispute resolution (ADR), is a legal technique for the resolution of disputes outside the courts, wherein the parties to a dispute refer it to one or more persons (the "arbitrators", "arbiters" or "arbitral tribunal"), by whose decision (the "award") they agree to be bound. It is a settlement technique in which a third party reviews the case and imposes a decision that is legally binding for both sides.[51]

* A method of alternative dispute resolution whereby a dispute, with the consent of all the parties, is submitted to a neutral person or group for a decision, usually including full evidentiary hearing and presentations by attorneys for the parties. Often, arbitration is the only form of proceeding permitted under the terms of contracts; see arbitration clause. See also conciliation, mediation, and summary proceeding.[52]

ويرى بعض الفقهاء أن مفهوم التحكيم يختلف باختلاف المجتمعات وباختلاف المفاهيم الاجتماعية والسياسية والاقتصادية والقانونية التي ترسو عليها قواعد المجتمع.[53]

وبالنظر في التعريفات القانونية السابقة نجد أن أكثرها يسمى الاتفاق مقدما قبل نشوء النزاع: شرط التحكيم وسماه نظام التحكيم السعودي والقانون المصري الجديد وثيقة التحكيم ، في حين سماه القانون الكويتي ومجمع اللغة المصري : اتفاق التحكيم، وسماه القانون اللبناني الفقرة التحكمية، وأما الاتفاق على التحكيم بعد نشوء النزاع فيطلق عليه مشارطة التحكيم، وسماه القانون اللبناني العقد التحكيمي.[54]

---

[51] The same reference.

[52] http://www.yourdictionary.com/law/arbitration

[53] الأحدب عبد الحميد، التحكيم، احكامه ومصادره، (Italy: Milanstamp s.p a Farigliano(CN)1990) ج1، ص22.

[54] القرة داغي، علي، مرجع سابق، ص474 .

وفي المحصلة نلاحظ أن تعريف مجمع الفقه الإسلامي للتحكيم من الناحية الاصطلاحية قد اشتمل على عدة أمور هامة لإنجاز اتفاق التحكيم، والحرص على تطبيقه بالشكل المطلوب، فهو اتفاق محدد بين أطراف الخصومة بارتضاء التحكيم وسيلة لفض خصومتهم، وهذه الخصومة لابد أن تكون واضحة ومبينة في هذا الاتفاق ، وينجم عنها تولية من يفصل في هذه الخصومة، ورد الأمر إليه لإصدار الحكم الملائم لحلها، ويكون حكمه ملزما لإطرافها، ومستندا لإحكام الشريعة الإسلامية، وفي هذا تحديد للقانون الواجب التطبيق لحل هذه الخصومة، وذلك من أجل التقيد بهذا القانون وعدم اللجوء إلى غيره من القوانين.

وإذا نظرنا إلى هذا التعريف وتعريف هدى عبد الرحمن من الناحية القانونية وغيرها لوجدناها متقاربة لا تختلف في جوهرها. كما لا ينتقص من تعريف المجمع إذ لم يقسم التحكيم إلى شرط أو مشارطة على اعتبار أن تعريفه لم يشملهما وأن مرونته ترحب بكل ما من شأنه أن ينظم ويدير الأمر بطريقة أفضل وأكمل.

المطلب الثاني:ايجابيات وسلبيات التحكيم

التحكيم كونه طريقة معتبرة في فض المنازعات يمتاز عن القضاء العادي بعدة ميزات تبرز من خلال السرعة في حل القضايا من خلاله والمحافظة على السرية التامة حيث تنص معظم القوانين على ضرورة السرية في نظر قضاياها ،وتفرغ المحكمين ،وعدم تقيدهم بالإجراءات الشكلية للقضاء إلا الأساسية منها ،أضف إلى ذلك أن طرق الطعن في الأحكام من استئناف وتمييز محدودة في التحكيم عموما .وبوجود محكمين محايدين وذوي خبرة وكفاءة عالية وعلم بالقوانين والأعراف التجارية ،كما انه أضحى من الأمور الأساسية لتشجيع الاستثمار في دول الخليج وماليزيا وغيرها . ولا نغفل جانب المرونة في إجراءات التحكيم حيث يمكن للأطراف المتنازعة اختيار النظام أو القانون الواجب التطبيق على عملية التحكيم والتي قد تبدو لهم أكثر ملاءمة لنزاعهم.أما المآخذ على التحكيم عديدة أهمها :

*إلزامية القرارات القضائية: إذ أن قرار المحكمين في الغالب لا يكون نهائيا إلا بعد إكسائه صيغة التنفيذ أمام القضاء العادي وهنا يمكن الرجوع إلى دوامة القضاء العادي .الذي يطلب منه غالبا البت في صحة أو بطلان قرار المحكمين بحيث لا يكون مخالفا للنظام العام.

*عدم تمتع المحكمين بسلطات القضاة:الكثير من السلطات التي يتمتع بها القضاة يفتقدها المحكمون ففي كثير من الأحيان يجد المتنازعون أنفسهم ملزمين باللجوء إلى القضاء العادي إلى جانب التحكيم للحصول على حجز مثلا أو أي قرار مستعجل يصدر عن القضاء لصفته الملزمة.

*اقتصار التحكيم على الأطراف المتفقة عليه : يفتقد المحكمون سلطة ضم الملفات أو القضايا التحكيمية أو إدخال شخص آخر في الدعوى التحكيمية لأن التحكيم يقتصر على الأطراف المتفقة عليه وهذه النقطة لها أهمية كبرى في العقود التي يدخل فيها أطراف متعددة.[55]

*التحكيم قد يكون أقل سرعة من القضاء العادي :وهذه الجزئية قد تظهر جلية في دولة مثل التي يعطي نظامها القضائي أولوية للمنازعات المالية الإسلامية على المنازعات التقليدية وبالتالي سرعة الحسم فيها إلا أنها قد تصطدم بالاستئناف أو غيره من الإجراءات القانونية.[56]

*التحكيم قد يكون أكثر كلفة من القضاء : وهذا أيضا يظهر في الحالة القطرية بسبب تقديمها المنازعات الإسلامية على غيرها وباعتبار انخفاض الرسوم المطلوبة للمحكمة إذا ما قورنت بالتحكيم وبالذات في القضايا المتعلقة بمبالغ مالية ضخمة. إلا أن هذا الأمر ليس على إطلاقه فهناك أمور كثيرة يجب أخذها بعين الاعتبار لحسبة التكاليف.

*النزعة في الوصول إلى حل رضائي :وهذا أمر لا يروق للمصارف والمؤسسات المالية إذ أنه يحد من بعض مكاسبها التي يعطيها إياها القضاء العادي .

*امتناع أحد أطراف النزاع عن تعيين محكم من طرفه إذا كان التحكيم توافقيا أو حرا ،عندئذ يتعين على الطرف الآخر اللجوء إلى المحكمة المختصة بنظر النزاع لتعيين محكم الطرف الممتنع مما يترتب عليه إطالة أمد النزاع.[57]

*هناك مشكلة أخرى وهي تمس قضية الطعن بالتزوير : حيث يوقف عمل هيئة التحكيم حتى يفصل في دعوى التزوير الأصلية المقامة من أحد أطراف النزاع من قبل المحكمة المختصة .

بناءا على هذه الملاحظات وفي ظل هذه المآخذ على التحكيم إذا أردنا أن نتخذه سبيلا لحل المنازعات المصرفية الإسلامية وعلى ضوء ما يعتور القضاء في أحيان كثيرة أثناء تصديه لمثل هذه المنازعات ،لابد من إيجاد الإطار القانوني الواضح الذي يمكن من خلاله حل هذه المنازعات بما يكفل تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية بناءا على أن هذه المعاملات مستمدة منها وبما يضمن إيصال الحقوق إلى أصحابها بأيسر الطرق وأكثرها فاعلية.

---

[55]متري، خليل، مرجع سابق

[56]القره داغي، علي، بحوث في فقه البنوك الإسلامية،ط1، ص518.

[57]المرجع السابق، ص516.

نتائج وتوصيات:

حتى نبدد مخاوف المؤسسات المالية والمصرفيين من التحكيم وفي إطار متصل نضمن حقوق العملاء لا بد من:

*إعداد شروط تحكيم متماسكة.

*إعداد محكمين على درجة عالية من الخبرة والكفاءة.

*اللجوء إلى هيئات مختصة أو خبراء متخصصون بالتحكيم والعمل المصرفي الإسلامي.

*تضمين العقود شرطا تحكيميا لحل أي نزاع ينشأ بين المتعاقدين.

*أن يتم اختيار المحكمين من قبل هيئات مثل هيئة الرقابة الشرعية وغرفة التجارة والصناعة .

*اختيار أسلوب التحكيم المؤسسي من خلال مؤسسة مختصة بالتحكيم .

*العمل على استصدار تشريعات تحقق الانسجام والتوافق بين قوانين التحكيم والقضاء الوطني والقوانين المنظمة لعمل المؤسسات الإسلامية بقصد الوصول لإيجاد المعايير الشرعية والقانونية الصحيحة.

*التأكيد على أن قرار المحكمين مبرم غير قابل للاستئناف أو الطعن لتجنب الرجوع إلى دوامة القضاء.

*الحجز الاحتياطي على جزء من أو كل أموال المدعى عليه لحين تنفيذ قرار التحكيم.

*وضع اسم المحكوم عليه تحكيميا ويرفض التنفيذ على اللائحة السوداء لدى مختلف المؤسسات المالية.

*أن تكون الإجراءات الإدارية للمحكمين مضبوطة ودقيقة وبالسرعة اللازمة .

*أن يكون مقر انعقاد الجلسات ثابتا ومعلوما.

ويبقى الحل الأنجع والأمثل لهذه المشكلات القانونية والقضائية التي يسعى الباحثون لحلها هو قيام نظام اقتصادي غير مرتهن لنظام الفائدة المصرفية(الربا) ويطبق المعاملات المالية الإسلامية على أصولها المقررة وفق مبادئ الشريعة الإسلامية.